

第1辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

名家争锋，观点碰撞，勾画出21世纪中国民商法学绚丽多彩的图景

主编 王利明

人民法院出版社

第1辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

主 编	王利明	
副 主 编	杨立新	张新宝
	王 丽	李贵方
执行编辑	尹 飞	程 啸

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法前沿论坛. 第1辑/王利明主编. —北京: 人民法院出版社, 2004

ISBN 7-80161-739-8

I. 民… II. 王… III. ①民法-研究-中国②商法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 014116 号

民商法前沿论坛 (第1辑)

王利明 主编

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010)65290566 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 485 千字

印 张 28.75

版 次 2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-739-8/D·739

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

民商法前沿论坛编委会

主 任 王利明 中国人民大学法学院教授、副院长，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

副主任 杨立新 中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心副主任

张新宝 中国人民大学法学院教授，《法学家》副主编

王 丽 德恒律师事务所主任，法学博士

李贵方 德恒律师事务所诉讼部主任

编 委 (按姓氏笔画排列)

尹 飞	王 轶	冯 恺	吴兆祥	张 谷
周友军	易 军	姚欢庆	姚海放	高圣平
屠振宇	梅夏英	麻锦亮	程 啸	熊诤龙

序 言

先师佟柔先生在世之时，曾邀请我国著名法学家谢怀栻教授到人民大学为研究生讲授外国民法。当时谢老坦言，自己在很多问题上与佟老师观点并不一致，而佟老师仍然坚持邀谢老教学，且特别要求重点讲授不一致之处。斯人已去，但此事已作为坚持学术交流和欢迎学术批评的佳话，为学界广为流传。

随着我国社会主义市场经济的深入发展以及我国法治建设的蓬勃发展，国内各高校法学院系师资力量的普遍加强，校际间教师相互授课客观上已不现实。但我认为，这种情况下更有必要加强彼此之间的学术交流。因此，早在筹建国家重点研究基地——中国人民大学民商事法律科学研究中心的过程中，我就一直考虑在基地建立后，举办一项固定的民商法学术论坛，广泛邀请各方学者到此演讲，并依托基地网站长期开展活动。这样做的理由有三：其一，学术乃天下之公器，学术研究需要的是信息沟通、思想碰撞与学术批评。惟其如此，方能作到问题越研究越深入，真理越辩越明，最终实现学术的昌明与繁荣。有此论坛，可为各方争鸣之地。其二，学者到论坛畅谈自己的最新观点，并通过录音整理上载到网络，可以利用现代化的信息技术，将我国民商法领域最新的成果在最短时间内，以最深入浅出的方式传播出去，引起国内民商法理论界和实务界乃至全世界的关注。这有利于进一步繁荣、活跃学术气氛，促进对民法理论的深入研究与思考，真正为国家立法工作提出建设性意见，为中国法治建设做出贡献。其三，先哲孔子曾言，“见贤思齐焉。”人大学子能藉此亲耳聆听各地学者的前沿见解，当面请教乃至质疑，从而开拓视野、博采众长。这一过程，更为人大学子未来的学问人生，树立其行动的楷模和赶超的目标。

这一想法，得到了中国人民大学民商事法律科学研究中心诸同仁的一致赞同。基于其主题集中于民商事法律，且内容为相关领域前沿问题，故名之曰“民商法前沿论坛”。该论坛于2000年8月开始筹备，2000年9月15日正式启动，德恒律师事务所为论坛提供了经费的支持。三年多来，已累计举行讲座100余讲，现场听众一万五千多人次，讲座纪录稿在“中国民商法律网”上全文发表后，累计阅读量百万余次，不仅在国内法学界、实务界和社会上获得了广泛好评，同时影响远及德、美、英、日等

2 民商法前沿论坛(第一辑)

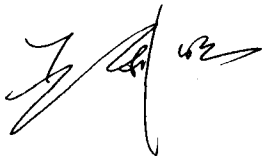
国。“民商法前沿论坛”已经成为民商事法律科学研究中心的品牌性学术活动。

论坛举办至今,曾应邀参加论坛发表精彩演讲已有百余人,其中既有学界前辈大师谢怀栻、江平、陈光中等,也有梁慧星、吴汉东、郭明瑞、崔建远、方流芳、黄进等中青年法学家以王轶、梅夏英、王涌等学界新秀;既有我国大陆学者,也有刘春堂、赖源河、谢哲胜、陈荣隆等我国台湾地区学者,同时还有森岛昭夫、新美育文、田中信行、弗克兰·闵策尔、Winsent Johnson、Benjamin L. Liebman 等国外学者和实务界人士。万鄂湘、高西庆、吴家友、张玉卿、蒋志培、朱少平、孙佑海等立法、司法、行政部门的领导也应邀莅临本论坛,就实务中的重大问题发表演讲。尤为让人感动的是,谢怀栻先生不顾年老体衰,仍大力襄助此事,先后就“民法学习方法”和“物权法的基本问题”发表了自己的见解。藉此论坛百讲汇编付梓之际,我谨对莅临“民商法前沿论坛”的各位学者、专家,致以真诚的谢意!

这一论坛在举办之时,由当时仍在我校任教的张谷老师负责,此后由我指导的博士生尹飞和程啸负责,杨立新、张新宝、姚辉等教授也为论坛的开展提出了许多宝贵意见,高圣平、龙毕敏、潘涛等同志也为论坛的顺利举行承担了大量工作。此外,本论坛的开展,还得到了德恒律师事务所及该所主任王丽博士、副主任李贵方博士的大力协助。最高人民法院出版社陈建德、吴秀军、刘德权等编辑为本文集的出版备极辛劳。在此,对这些同志表示衷心的感谢!

“士不可以不弘毅,任重而道远”,希望“民商法前沿论坛”能继续举行下去,更希望莘莘学子奋发向上,为我国社会主义法治建设和民商法事业的繁荣发展做出应有的贡献!

是为序!



2004年3月3日于中国人民大学贤进楼

目 录

序言	(1)
----------	-----

民法方法

民法案例分析的基本方法探讨	王利明 (3)
民事法律关系的民法方法论地位	杨立新 (24)
民法学习当中的方法问题	谢怀栻 (37)
作为激励机制的法律	张维迎 (46)
法学研究的观念	谢哲胜 (61)
私权的分析与建构	
——民法的分析法学基础	王 涌 (74)
民法学研究与写作的若干问题	张新宝 (96)
从撤退开始	
——《民法总论》写作心得	龙卫球 (105)

民法典体系·民法总则

中国民法典的体系	王利明 (117)
民法典制定的三条思路	梁慧星 (136)
两种民法典起草思路	
——新人文主义对物文主义	徐国栋 (149)
对我国民法典制定中几个焦点问题的粗浅看法	马俊驹 (181)
德国民法的百年发展	邵建东 (222)
权利能力与人的解放	杨振山 (235)
民法上人格的二元性与民法典的结构	梅夏英 (246)
英美法中的诚实信用原则	焦津洪 (266)
社会公正、个人权利和经济效率	李 波 (278)
论不公正胜于无秩序	尹 田 (287)

时效制度若干问题	龙翼飞 (298)
中国民法理论研究热点问题探索与意见	杨立新 (313)

人格权法

人格权法的发展与我国的民事立法	王利明 (339)
互联网发展对隐私权保护的挑战与对策	张新宝 (361)

婚姻法·继承法

我国婚姻法的修改和完善	杨大文 (379)
《民法典·继承编》立法中的若干问题	郭明瑞 (394)

知识产权法

知识产权的制度创新与理论创新	吴汉东 (407)
网络条件下的知识产权法律问题	蒋志培 (425)
无形财产的理论和立法问题	梅夏英 (437)

民 法 方 法

民法案例分析的基本方法探讨*

王利明**

大家好,今天想和大家一起探讨一下我最近一直关注、研究的一个问题,那就是关于民法学的方法论问题。最近我到德国参加一个关于法学方法论的研讨会,会上德国著名的民法学家卡纳里斯教授等都提出了很有启发的见解,我想结合这次会议讨论的议题和我个人的一些看法,跟大家谈谈关于案例分析的方法或者案例分析的基本思维。

大家知道,目前关于案例分析的著述很多,但是基本上是每个人都按照自己的思维方式来分析案例,其最大的缺点就是缺乏规范性,这是因为,到目前为止,我们还没有找到一种比较规范严谨的方法来分析民事案例。但在大陆法国家,特别是德国,已经有了一套规范严谨的案例分析方法,这就是请求权基础分析法。这种方法使得整个案件的分析在方法论上形成了统一,它对德国民法学的发展,对整个法律人的培养,对法官正确地适用法律都发挥了非常重要的作用。

在德国慕尼黑大学,学生从大学入学开始,法学院就严格按照请求权基础分析法对他们进行训练,国家的司法考试也是严格按照这一套操作模式来进行的,法官和律师分析案例都是按照这样统一的模式来考虑。

目前,我觉得我们国家法学特别需要德国这种请求权基础分析方法。其实,不但大陆法系,英美法也有一套案例的分析方法,如美国的所谓的

* 本次演讲系中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一,于2003年9月5日在中国人民大学贤进楼举行,主持人尹飞。

** 中国人民大学法学院副院长、民商事法律科学研究中心主任、教授、博士生导师。

case by case 分析法, 就是一套非常规范的案例分析方法。关于方法论的探讨研究, 我国大陆地区虽然已经有了一些零星的研究成果的发表, 但是相比于具体的立法研究而言, 学界关注的并不是很热烈, 也没有形成一个研究热点。但是就我个人感觉而言, 我认为我国民法学研究水平要寻求进一步提升的话, 我们就必须对法学方法论投入更多的精力, 惟有如此, 才有助于我们把我国的民法学研究引向深入, 也才能更好的指导我们的立法研究、司法适用和法学教育。

我们知道, 方法在古希腊语中, 有“通向正确的道路”之义。法学之所以称之为是一门独立的学科, 很大程度上取决于其自身具有一套独立的方法理论。方法比知识更为重要, 因为方法是获取知识的重要手段, 所谓法学知识可以看作是法学方法展开的结果。这就不难理解为什么大陆法系的理论认为, 从广义上讲, 民法学就是民法解释学, 二者为同义语。现代法学理论中, 法学方法逐渐从法学知识中分离出来, 成为一门独立的关于方法的学问。德国一般称之为“法学方法论”, 日本一般称之为“法解释学”, 但其研究对象实质上大体一致。采法学方法论的概念更为贴切, 因为法学方法涵盖的范围更为广泛, 包括法源论、法条论、法解释论、法体系论等, 还包括法律事实认定的方法, 可见, 法学方法的理论是围绕着法律适用的过程和司法“三段论”的模式展开的。

长期以来, 在民法案例的分析中, 我国一直缺乏一套规范、严谨的分析方法和思维, 每个人都根据自己的学术背景、思维模式来分析案例, 欠缺一种规范的分析方法。在实务中, 有一些法官常常是先确定了事实, 然后就直接确定结论, 然后为了支持结论再去寻找一些法律依据; 有的判决中, 事实清楚, 法律的适用也是正确的, 但是没有对事实和法律适用的连接点的分析; 还有的判决中, 很多人常常从事实就直奔结论, 缺乏推理过程, 使得逻辑的三段论不能得到运用, 缺乏逻辑推理过程。这些现象普遍存在, 造成了实务中逻辑三段论和民法解释学等方法不能得到广泛的认可和采用, 判决缺乏说理性。同时, 缺乏统一的法学方法为共同基础, 也导致了法律人在讨论问题时语境上的差异和沟通上的隔阂。因此, 当务之急是要培养法官、律师等的正确严谨的法律思维方式, 掌握民法案例分析的基本方法。在实务中, 案例分析的基本思维的确立还可有效约束法官的自由裁量, 保证法官依法裁判, 从而维护法律的安定性, 促进法治的实现。

法学方法对于司法裁判、法律适用具有重要的意义, 这也是法学作为一种实践理性的体现。可以说, 法学方法的核心就是法律适用和法律解

释。法学方法与案例分析的方法也具有密切的关系，二者相互渗透，不可分割，法学方法不可避免地涉及到案例分析的问题，今天我这个关于民法方法论的演讲想给大家介绍案例分析方法的两种利器，即法律关系分析的方法和请求权基础的方法。

一、什么是民法案例分析的基本方法

法学方法论有各自的历史背景和学术传统。在英美法系国家，注重归纳法和论题式的思维，往往采用 case by case 的分析方法；而在以德国为代表的大陆法系国家，强调演绎法和体系化的思维，自从萨维尼创建法学方法论以来，一直采取一种请求权基础分析法来分析案例。尽管分析手段各异，但都是针对案例建立一套比较规范的分析方法。我们这里倡导一种民法案例分析的基本方法，它属于法学方法论的组成部分，它主要是指，采用一种规范严谨的方法探讨每一个个案，以准确的认定案件的事实和法律。它具有如下几个特点：

第一，这种分析方法必须是具有一定规范性。一方面，它应该是一个统一的方法，适用于不同的案例，而不是每一个案例就有一种方法；另一方面，这种方法不是每个人自我设计或自我构思的方法，在分析案例中，可能每个人都有自己的思维方式，这些方式方法未必不能有效的分析案例，但是如果没有一套规范的分析方法，就缺乏方法论上的统一性，以至于在讨论问题时出现各说各话的现象。同时，每个人各自采纳自我设计的方式就不能形成正确的思维。目前我国有各种各样的案例分析，而每一个人都是按照自己的学术背景、思维模式去进行案例分析，我们欠缺一种规范的分析方法。它也就决定了在中国研究案例分析的方法，其意义非常重大。这对于培养法官、法律学生正确严谨的法律思维极为重要。

第二，案例分析方法不仅是一种案件事实的分析方法，同时也是法律解释的工具。也就是说，案例分析工具主要不是一个证据的分析和运用的过程，不是单纯确定客观的事实，而更重要的是它是为了确立一种法律上的事实，一种符合法律构成要件的事实，也就是确认三段论中的小前提。并且，在这个分析过程中，最重要的环节是法律的适用，也就是如何使小前提符合大前提，这样就必须对适用的法律（即大前提）进行解释。所以，案例的分析是一个事实认定和法律解释的过程。举一个例子说，甲委托乙购买“飞鱼”牌家具，乙听成是购买“飞翼”牌家具，而甲和出卖人

丙也曾有过接触,告知丙要委派乙购买家具。但是乙购买的家具不符合甲的要求,甲是否必须接受呢?在对这个案例对分析过程中,就不仅仅需要对多项法律事实进行分析,而且更涉及到对解释方法运用的问题,这是一个很有意思的现象。如果对授权行为完全按照文意解释的方法,只要我对你作出的授权的意思表示到达了相对方,那么这个授权就是清楚的,如果代理人因为理解错误而从事别的行为,就转化为越权行为,出现这种情况,就需要用另外一套法律规则来解决。但是如果按照目的性扩张的解释方法,法律设定代理制度在很大程度上就是保护交易第三人,就要对上述法律事实作另一种解释,不适用无权代理,而应当按照授权不明,直接由被代理人承担责任。可见,采取不同的解释方法会导致不同的结果。

第三,案例分析方法需要遵循一定的逻辑思维结构。例如,请求权的基础分析方法,无论遇到什么类型的案件,其思维的步骤和程序是固定的,这也决定了案例分析方法是法律人驾驭复杂的法律关系,以简驭繁的有力工具。案例分析方法的展开其实就是形式逻辑三段论的过程。形式逻辑三段论在司法中的运用可以说是近代法治的产物,它遵循了判决的说理性,使法官的思维过程得以在判决中展开,同时也使当事人能够了解判决结果的形成,从而增强裁判结果的权威性和说服力。三段论就好像是判决中的程序规则一样,维护了法院的裁判权的正当性,并对裁判权作出了必要的约束,以防止其滥用之虞。可以说,三段论在司法中的运用是法治文明的组成部分。司法裁判的三段论过程中可以具体体现为各种分析方法的运用,例如,请求权基础分析方法指的是通过对事实(小前提)的整理与说明,通过对法律(大前提)的解释,建立起大前提与小前提之间的联系,是三段论推理过程中的一部分。但这种方法其实是形式逻辑在法律思维中的运用,在运用过程中,它必须与法律解释方法相结合,形成自己独特的分析方法。即案例分析方法即要考虑逻辑思维的三段论,又要和法律的解释方法结合起来,形成了一套自己独特的方法。

第四,方法论在各个部门法中的应用是各不相同的,我们所指的解释方法是指民法解释的方法。法学应当有总的方法,但这种总的方法应用到各个部门法中又是有所区别的。比如说法律解释的方法,因为各个部门法的规范对象不同,所以法律解释方法也有所不同。如在刑法基于罪刑法定原则,主要采取文意解释的方法,而不能对刑法条文任意进行扩张解释,否则违背罪刑法定的原则。所以探讨法律解释方法,它应该指的是各个部门法所特有的一种方法。所以,我们说的法律解释方法指的是一种民法的

解释方法，案例分析法是民法的解释方法的具体运用，案例分析法与民法解释方法紧密联系在一起的。

二、探讨案例分析方法的意义

法学方法是民法理论的活的灵魂，民法学就是民法解释学，表明法学方法论在民法学的基础性建构作用。探讨案例分析的方法对于有效地沟通理论和实务，为理论的发展提供素材和动力，指引和规范司法裁判的实务操作具有重要作用。在建设社会主义法治国家和推动司法改革的大背景下，案例分析方法的研究尤其具有突出的现实意义。

第一，有助于限制法官恣意裁判，保证法律的安定性。法律推理本是一个演绎的过程，采取三段论模式：大前提是“找法”，即寻找应当适用的法律规范；小前提是确定案件事实；最后以法律为依据，以事实为准绳，将抽象规范适用于具体案件，得出结论，即判决意见。但在一些中国法官那里，它却变成了一个“自下而上”的错综复杂的工程，首先确定判决结果，然后在法律条文和案情证据的丛林中殚精竭虑地寻找论证的路径，这就是学者所谓的“被倒置的法律推理”。在这个过程中，判决结果不是法律推理的产儿，而是法律推理的指南。至于这个判决又是如何被首先确定的，却是一个黑箱。因此，法学方法的确立有助约束法官的自由裁量权，保证法官依法裁判，从而维护法律的安定性，促进法治的实现。

第二，有助于司法裁判的公正性。仅仅付诸个人的法感断案，不能带来可靠的公正，法官只有采取循序渐进的方式，才更有可能达到以普遍或平等原则为基础的公正。法学分析方法体现了法律的形式正义，使得司法成为一个技术性的过程，裁判的技术化、形式化，使得判决书的公开和监督成为可能，判决书是裁判方法和思维方法的最终成果和物质载体，司法改革的一个重要内容是增强判决书的说理性和透明性，判决书公开使得法官的推理方法和论证过程受到公众的监督，以保障司法公正。

第三，有助于司法效率的提高。法学方法和案例分析的方法采用标准化的程式，可以提高法官思维的明确性，简化思维的过程，避免分析案件的思维误区，从而使得司法裁判更有效率，并且保障审判的质量。例如，法官面对一个新的案件不必考虑从何处下手，只需按照分析方法指引的步骤操作即可。因此，有学者称，案例分析法可以与流水生产线相比较，使生产效率在数量上和质量上都大为提高。

第四,对于法学教育具有重要意义,有助于培养法律人的思维能力,提高其专业素质,促进法学专业共同体的形成。王泽鉴先生认为,请求权基础的寻找,是处理实例题的核心工作,请求权基础是每一个学习法律的人必须彻底了解,确实掌握的基本概念及思考方法。作为基础的思维方法,法学方法是每一个法律人入门的必修功课,有助于培养法律人共同的学术思维和话语,排除法律人之间的对话和交流的障碍,不至于思路迥异、各说各话的现象。

三、案例分析的两种基本方法之一:法律关系分析法

(一)什么是法律关系分析法

法律关系是“由法律规定的生活关系”,即法律规范所调整的那部分社会关系。社会关系是包罗万象、复杂多变的,其中并非所有的社会生活关系都由法律调整而形成法律关系,法律仅是截取有法律干预必要的那部分社会生活,构建为法律关系,塑造为法律秩序。法律关系的分析方法就是以法律关系为基础的一种法学方法。所谓法律关系分析的方法,是指通过理顺不同的法律关系,确定其要素及变动情况,从而全面地把握案件的性质和当事人的权利义务关系,并在此基础上通过逻辑三段论的适用以准确适用法律,做出正确的判决的一种案例分析方法。

法律关系的分析方法是法学最基本的分析方法和分析框架。其不仅适用于对案例的分析,而且适用于民法体系的构建。德国民法的潘德克吞体系就是严格按照法律关系的内在逻辑展开的。其总则——分则模式体现为:总则分为权利主体、权利客体、法律行为(变动的原因);分则为法律关系“具体内容的展开,即各种的法律权利。法律规定,无论其范围大小,总不外乎法律关系,而法律关系之构成,总不外乎上述要素,整个民法的内容,不外乎法律关系主体、客体、权利义务及其变动和变动的的原因,民法典每一编及每一特别法的内容,也不外乎此,不过各有详略而已。因此,法律关系被德国学者梅迪库斯先生称为“私法的工具”,可见其重要性。所以,确定存在不存在法律关系,存在什么样的法律关系,法律关系的各个构成要素是什么,是每一个民法学习者在考察法律问题时都应当具备的专业素质,可以说,熟练掌握了民法的法律关系,就能够深入理解整个民事权利的逻辑体系。

在案例分析中有效地运用法律关系分析方法,其优点在于:

第一，在存在多种复杂的法律关系时，能够条分缕析地分析各种权利义务。通过对法律关系的分析和把握，将各种法律关系区分开来，以不同的法律关系确定当事人的法律权利和义务。

第二，排除非法律关系的因素，即在区别法律关系与非法律关系的基础上，将考虑对象聚焦于法律关系。社会规范系统是一个多元的体系，很多生活关系由道德、风俗、习惯、宗教等社会规范调整，法律并不介入，如民法学说上所谓的“好意施惠关系”、“自然债务”等理论，即揭示出此种社会关系不由法律调整，也不能形成法律关系，不能通过法律渠道予以救济。例如，甲乙二人素来交好，甲邀请乙到家里做客，此为好意施惠关系，由当事人的私人友谊调整，而不构成民法上的债权债务及违约责任问题。

第三，把握法律关系的要素。民事法律关系的要素是指构成民事法律关系的必要因素，任何民事法律关系都由几项要素构成，要素发生变化，具体的民事法律关系就随之变更。我认为，民事法律关系要素仅限于三个要素，即主体、客体和内容，这是任何法律关系都应具备的，民事法律关系也不例外。而五要素说将法律事实和法律关系变动的原因也包含在法律关系当中，这是值得商榷的。法律事实应当是外在于法律关系的因素，它是将抽象的法律规范与具体的法律关系加以连接的中间点，是使客观的权利变为主观的权利的媒介，法律事实导致法律关系发生变动，但它本身并不是法律关系内在的要素。

第四，把握法律关系的变动。把握法律关系产生、变更、消灭的脉络。民事法律关系都是不断变化发生的，考察任何一种民事法律关系都应当了解变动的原因及其变动的效果，这就意味着必须查找一定的法律事实，但是法律事实毕竟是外在于法律关系的，它是将抽象的法律规范与具体的法律关系加以连接的中介，但它本身并不属于法律关系的要素。因为只有考察法律事实之后才能明确其引发了何种法律关系，而在明确了该种法律关系之后已经无须再考察法律事实了。

（二）法律关系分析法的特点

法律关系分析法的特点主要在于通过理顺不同的法律关系，就是要判断在一个民事案例中，首先要确定不同法律关系、法律关系的性质和权利义务内容。其次要确定其要素及变动情况，从而全面地把握案件的性质和当事人的权利义务关系。在此基础上进一步适用法律。这种方法的特点在于：